

FUNDAMENTOS PARA UN SISTEMA LÓGICO-FUNCIONAL DE DERECHO PENAL

Más allá del ontologismo y el normativismo^{*}

Joaquín Cuello Contreras

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura

jcuello@unex.es

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal: Más allá del ontologismo y el normativismo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2006, núm. 08-01, p. 01:1-01-18. Disponible en internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-01.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 08-01 (2006),19 ene]

RESUMEN: El presente ensayo pretende demostrar, a partir de la validez de la normativización del Derecho penal según la cual la teoría del delito debe desarrollarse desde las propias normas y sus fines regulativos, y no desde la estructura del comportamiento que es objeto de la valoración jurídico-penal, como ha ocurrido hasta fecha reciente en la época del naturalismo), que no constituye obstáculo alguno, sino todo lo contrario, mantener en el sistema elementos procedentes de la época anterior, los cuales pueden ayudar mucho a la concreción de las normas. El autor lo ejemplifica a

través del elemento subjetivo del delito, cuya componente psíquica -y por tanto naturalística- es ineludible a efectos de graduar la responsabilidad (mayor gravedad, en principio, del delito doloso frente al imprudente). Puesto que muchas cuestiones de la teoría del delito son inabordables sin tener en cuenta el elemento subjetivo, se propone completar la perspectiva dominante normativista -imputación objetiva- de la Dogmática penal, con la perspectiva del destinatario de la norma.

PALABRAS CLAVES: Perspectiva del ordenamiento jurídico, perspectiva del autor, normativismo, naturalismo, ontologismo, finalismo, funcionalismo, imputación objetiva, comportamiento típico, elemento objetivo, elemento subjetivo, disvaloración.

Fecha de recepción: 31 octubre 2005

Fecha de publicación: 19 enero 2006

SUMARIO: I. La perspectiva del ordenamiento jurídico. II. La perspectiva del autor. III. Imputación objetiva: Jakobs. IV. Comportamiento típico e imputación objetiva: Frish. V. Imputación objetiva y subjetiva como magnitudes inescindibles: toma de posición. VI. Posibilidades y límites de la normativización del derecho penal. VII. Algunas consecuencias para un sistema de derecho penal lógico-conceptual. Especial consideración de la simplificación que supone el proceso de aplicación de la norma. VIII. El principio de analogía con la acción como base de un sistema lógico-funcional. IX. Conclusión.

^{*} El origen de este artículo se encuentra en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (Perú), el pasado 27 de septiembre de 2005, con motivo del IIº Encuentro peruano-español de Derecho penal.

I. La perspectiva del ordenamiento jurídico

Situados en la perspectiva del ordenamiento jurídico, es evidente que sus fines deben concebirse conforme a lo que quiere la doctrina de la *imputación objetiva*. Contenido de los tipos penales es, inicialmente, la creación de determinado peligro para el bien jurídico. Qué peligro sea prohibido, con exclusión de los restantes, que por experiencia general acechan en cuanto el hombre emprende, es una cuestión *normativa*, ciertamente, cuya delimitación constituye el objetivo principal de la interpretación del derecho penal. De ahí el éxito, desde los años sesenta del pasado siglo, de la doctrina de la imputación objetiva, que se ha esmerado en construir principios que permitan acotar normativamente y de forma objetiva el ámbito de los tipos delictivos del CP.

Puede considerarse ya doctrina asumida el hecho de que conforme a la teoría general de la imputación objetiva ni los riesgos más generales de la vida ni los permitidos en función de que sirven a un fin reconocido por el derecho, pueden fundamentar una responsabilidad penal, como evidencia el ejemplo canónico del sobrino que invita a su acaudalado tío a viajar en avión con la esperanza de que se estrelle. Como asimismo es aceptado que la disponibilidad sobre los propios bienes puede llevar a excluir al tercero de la imputación, pese a causar la lesión del bien jurídico, dado que otra cosa podría suponer una merma de la libertad. De ahí que no pueda verse un homicidio en la ayuda al suicida o en la cooperación con quien asume un riesgo elevado de muerte por propia voluntad. De ahí también la problemática de la prohibición de regreso.

En todos los casos de imputación objetiva se procede a una acotación de la tipicidad válida. Por eso se puede proceder a abordar el concepto de injusto penal por esa vía. Lo que sin embargo no está ya tan claro es que, de la misma forma que en la consideración *naturalística* no se puede analizar la causalidad o tipo objetivo separado del tipo subjetivo o dolo, dado que ambos forman una unidad inescindible, se pueda concebir la imputación objetiva sin asignar papel alguno a los *conocimientos subjetivos*, o, simplemente, tenerlos en cuenta; ni que, como consecuencia de lo anterior, se pueda prescindir de la perspectiva del autor.

II. La perspectiva del autor

Desde la perspectiva del autor, el ordenamiento jurídico, sin perder la objetividad que le caracteriza, no puede pensarse del mismo modo que desde la perspectiva objetiva anterior. Siendo precisamente esta circunstancia la que sin duda determinó la eclosión de la doctrina finalista frente al causalismo en la época del *naturalismo*. Lo que ocurre ahora en la época del *normativismo*, es que, sin caer en el naturalismo, debe partirse de la premisa según la cual el destinatario de la norma jurídica sólo puede motivarse a respetarla de una determinada manera que no prescinda de las características del comportamiento humano, como el acto psíquico, que pueden parecer una secuela a superar por parte del puro normativismo, empeñado en no tener en cuenta esa exigencia.

Precisamente para salvar este escollo, respecto al que FRISCH ha hecho un primer

intento válido¹, aunque fallido, puede ser útil repensar el finalismo prescindiendo del planteamiento ontológico que siempre le ha caracterizado, pero sin renunciar a lo que aquí hemos llamado la *perspectiva del autor*.

En efecto, no se trata de que p. ej. la regulación del homicidio deba respetar una estructura dada previamente. La protección de la vida humana, como evidencian las regulaciones positivas, se basa en criterios puramente normativos, que buscan el fin de optimizar la prevención. Incluso, a quién imputar una muerte a título de mayor responsabilidad o menor, cuando han intervenido en un delito contra la vida una pluralidad de personas, es una cuestión axiológica, dado que el legislador bien puede equiparar valorativamente formas distintas de atentar contra el mismo bien jurídico. Lo contrario, esto es, deducir de una estructura previa a lo jurídico la regulación del homicidio, no puede ser la pretensión de un enfoque dogmático en derecho penal. Aspecto éste en el que el finalismo debe asumir las críticas recibidas, cuanto menos por su ambigüedad. Como censura merece, también, por el otro extremo, rechazar de plano lo que no deja de ser un enfoque metódico, el finalista, con diversas corrientes dentro de él y con crédito histórico, al objeto de abrir camino a una teoría del delito concebida en clave puramente objetivista que permita desentenderse por completo de la perspectiva del autor. Lo que debe hacerse es pues recuperar una aportación que fue decisiva en su día, en la época del naturalismo, y que puede constituir magnífico contrapunto a una doctrina normativa de la imputación objetiva en peligro constante de desarraigo de la realidad por prescindir del sujeto.

Lo que sí necesita una teoría del delito que aúne la perspectiva inicial del ordenamiento jurídico con la perspectiva del autor, necesaria para que el ordenamiento jurídico pueda cumplir su fin preventivo de la lesión de bienes jurídicos y de pedagogía penal, es atravesar la materia de la tipicidad, que acota con criterios normativos, con su consideración a la luz de las representaciones subjetivas del autor en el momento de actuar sobre la situación en la que el ordenamiento jurídico prescribe hacerlo de una determinada manera. Siendo en ese aspecto, al objeto de ayudar al intérprete, en el que categorías del comportamiento humano introducidas en el derecho penal para sus fines, pueden y deben ser tenidas en cuenta de cara a no hacer una aplicación del derecho penal que fuerce la realidad. De ahí la fecundidad e importancia decisiva que puede tener incorporar la idea de finalidad, entendida como dominio de la causalidad, a la doctrina de la imputación objetiva. De esta manera, volviendo al tipo delictivo de homicidio, en cuya configuración el legislador es bien libre, lo que en cualquier caso está claro es que la mejor forma de representarnos lo que es un homicidio, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y desde la perspectiva del autor, es pensar en un sujeto que dispara a escasa distancia de otra persona viva dirigiendo el disparo a la cabeza; es decir, mediante la intencionalidad.

Es cierto que la imputación penal no se reduce a casos tan claros y simples. Pero por muy complejo y apartado del caso simple que sea el caso a decidir en última instancia con criterio normativo, siempre será un caso que, para justificar la imputación

¹ Vid. Wolfgang FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ y otros), 1995, 63 ss.

con criterio normativo, deberá superar la prueba de la *imputación desde la perspectiva del autor*, en la que siempre hay un mínimo de intencionalidad², sin duda un resto importante de la concepción final que es imprescindible también en la fase de normativización actual.

A continuación, para demostrar que el injusto no se puede definir satisfactoriamente sin tener en cuenta el elemento subjetivo, las representaciones del autor, se abordarán y verán las limitaciones de dos modelos normativos que lo pretenden, los de JAKOBS y FRISCH, que además están teniendo mucha influencia en la dogmática hispanohablante. Ninguno de ambos modelos, debe anticiparse, es falso, pero ambos son *insuficientes*, por no admitir la relevancia del acto psíquico de *conocer*, que, además, lo tienen en cuenta inconscientemente en momentos decisivos de sus construcciones.

III. Imputación objetiva: Jakobs

Uno de los desarrollos más coherentes y elaborados de la doctrina de la imputación objetiva de la ciencia penal ha sido, y así es reconocido por todos, el de Günther JAKOBS. De tal manera que, con todos los matices de una teoría viva y en desarrollo todavía, la exposición de este autor puede valer como muestra de sus aspectos más consolidados. Formulada en unos términos muy elementales, la teoría viene a decir: Al objeto de facilitar los contactos sociales, y dado que si todos tuvieran que cuidar de todo la vida social se paralizaría, el derecho penal tiene que establecer normativamente cuándo es el primer caso, esto es, qué acontecimientos en los que el sujeto interviene le son imputados. La forma de hacerlo es considerar al sujeto no como individuo, sino como portador de un rol, p. ej., el de panadero, que le permite ver al comprador del pan como un consumidor de esa sustancia y no como un posible envenenador, al tiempo que le permite al comprador del pan ver al panadero como suministrador de ese producto y no como posible defraudador de hacienda³. Sólo de lo que el ordenamiento jurídico espera del sujeto como portador del rol asignado, con independencia de lo que como individuo sepa y quiera, se responde, en el ejemplo del panadero del comportamiento estándar de un panadero, y nada más. A esta selección de acontecimientos hecha con criterios normativos de lo que causalmente acontece y el sujeto puede conocer la denomina JAKOBS *imputación objetiva*.

A su vez, si lo relevante es el rol o posición en que el ordenamiento jurídico coloca al sujeto, pasará también a un segundo plano, como ocurría con la causalidad y el dolo entendidos naturalísticamente frente a la *imputación objetiva*, si la defraudación del sujeto en el rol impuesto por el ordenamiento jurídico se ha producido por *acción* u *omisión*, que resultan equiparadas a través del concepto acuñado por JAKOBS de *competencia por organización*, según el cual tan imputable es el daño producido por el sujeto mediante un comportamiento activo como el producido porque no ha atajado un

² He utilizado este criterio para fundamentar y distinguir los diversos casos de la imputación subjetiva (dolo) en Derecho penal, en: «Aspectos sustantivos y procesales del dolo», de próxima aparición en Cuadernos de Derecho judicial.

³ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. CANCIO MELIÁ), 1994, 20.

peligro originado en su esfera de organización, de la que debe cuidar. Tan responsable de homicidio imprudente es el conductor que cambió de marcha y a mayor velocidad atropelló a un peatón como el que omitió frenar conduciendo un coche automático⁴.

Aunque la doctrina de la imputación objetiva irrumpe en derecho penal para configurar el tipo de injusto de manera puramente objetiva (de ahí su nombre), sin consideración alguna de elementos subjetivos que puedan ser decisivos a la hora de configurarlo, dado que elementos de esa naturaleza, por ir referidos al psiquismo humano, pecarían de un naturalismo incompatible con la esencia puramente normativa de lo jurídico, bueno es ver cómo concibe un autor que auspicia configurar de manera netamente objetiva el injusto el tipo subjetivo del delito, superpuesto después al injusto objetivo, a efectos de la pertinente imputación subjetiva característica del derecho penal. En efecto, según JAKOBS, acotado normativamente, con criterios de imputación objetiva, aquello de lo que responder penalmente, para la correlativa imputación subjetiva, requisito de un derecho penal basado en la culpabilidad y no en la responsabilidad por el resultado, es suficiente con la exigencia de la *evitabilidad*, siendo innecesario el criterio que también tiene en cuenta el legislador como residuo naturalístico (psicológico en este caso) del dolo⁵. Lo que el autor se haya representado o querido, es irrelevante para la imputación. A esos efectos, lo único relevante es la evitabilidad, que permite equiparar, cosa que el derecho positivo no hace, la responsabilidad de quien por haber sido consciente se representó el alto peligro que creaba a la de quien por su carácter desaprensivo ni siquiera fue consciente ni se representó el peligro creado. De este razonamiento, extrae JAKOBS la conclusión de que, de la misma forma que el error de prohibición se determina con los criterios de evitabilidad o inevitabilidad, habría de procederse también con el error sobre el tipo.

A efectos de ilustrar las posibilidades de la doctrina de la imputación objetiva, en un terreno propicio para ello y que el propio JAKOBS ha abordado ya con gran originalidad⁶, vale la pena exponer su vía de superación normativista de la doctrina del dominio del hecho reinante (en Alemania) hasta la fecha en la materia. Según JAKOBS, autor del delito no es quien domina el hecho, convirtiendo en mero partícipe a quien no lo domina. El de dominio del hecho es también un concepto demasiado teñido de naturalismo, siendo así que todos los conceptos penales son conceptos normativos. Autor del delito, con mejor criterio, lo es quien ha sido colocado por el ordenamiento jurídico ante el deber de evitar la lesión del bien jurídico⁷. De ahí que sea autor del delito medioambiental el ingeniero que no evitó el vertido de aguas contaminadas y no lo sea el obrero que abrió la compuerta aún sabiendo el estado de las aguas vertidas⁸. En la

⁴ JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), 1996, 26 s.

⁵ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ), 1996, 55 ss.

⁶ El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos, en: Günter JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ) 2001, 63 ss.

⁷ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 66.

⁸ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 70.

autoría mediata, que no se distingue en nada de la autoría directa, la autoría se basa en la competencia organizativa que corresponde en exclusiva al autor mediato⁹. En la coautoría, la autoría corresponde a quien contribuye decisivamente al hecho, haya actuado o no en la ejecución: la obra de teatro es también la obra del director¹⁰. Cuándo la contribución ha sido decisiva: y entonces coautoría, y cuándo no: y entonces participación, inducción o complicidad, es una cuestión cuantitativa¹¹. No hay, pues, diferencias conceptual, y menos una basada en criterios ontológico-naturalísticos, entre la autoría y la participación, y sí sólo de grado (basado en el dominio del hecho).

El ataque frontal más directo a la doctrina de la imputación objetiva ha provenido del finalismo, y, más concretamente, dentro del finalismo, en lo referente a un aspecto conceptual tan relevante de la nueva doctrina de la imputación objetiva como el de su relación, como aspecto esencial del tipo objetivo, con el tipo subjetivo del delito. En este sentido, ya Armin KAUFMANN, y, después, siguiéndole, Eberhard STRUENSEE, han cuestionado la posibilidad de acotar el tipo, es decir, configurar el injusto, de manera puramente objetiva, sin tener en cuenta los conocimientos generales y especiales del autor; que serían decisivos y resolverían muchas veces los problemas que quiere resolver la doctrina de la imputación objetiva en sede del tipo objetivo¹². Ejemplo de STRUENSEE: Que la muerte del púgil esté amparada en el riesgo permitido presupone que ni su otro contrincante, ni los organizadores, etc., conociesen su grave enfermedad, pues, en otro caso, la muerte no habría estado amparada en el riesgo permitido y habría habido responsabilidad al menos a título de imprudencia¹³. En el delito doloso, incluso, donde el autor, *ex definitone*, conoce que realiza el comportamiento típico (en el sentido de descrito en el tipo), no cabe recortar después, con criterios de imputación objetiva (que el comportamiento además de típico, en sentido de descrito en un tipo del CP, haya creado un peligro de los que el legislador ha querido atajar con el criterio material del “fin de la norma”), el tipo objetivo. Siendo ésta la tesis fundamental de KAUFMANN cuando dijo que manipular conscientemente una pistola en la dirección en que se encuentra un hombre es ya conducta suficientemente peligrosa sin necesidad de añadir criterio alguno de imputación objetiva¹⁴.

Los defensores de la doctrina de la imputación objetiva han rechazado estas objeciones de fondo, aunque haya autores incardinados en sus filas que admiten la relevancia de los conocimientos especiales del autor como criterio, un criterio más, de imputación objetiva, reconociendo de camino que no todo es objetivo en la teoría defendida, no dudando de tributarle el mérito que le corresponde en esa incorporación a KAUFMANN y STRUENSEE¹⁵. Pero, desde luego, a lo que se niegan es a otorgar el primado en

⁹ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 93, 95.

¹⁰ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 83.

¹¹ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 85.

¹² Armin KAUFMANN, «¿“Atribución objetiva” en el delito doloso?» (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS), *Anuario de Derecho penal*, 1985, 807 ss.; Eberhard STRUENSEE, «El tipo subjetivo del delito imprudente» (trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), *ADP*, 1987, 423 ss.

¹³ STRUENSEE, *ADP*, 1987, 443.

¹⁴ Armin KAUFMANN, *ADP*, 1985, 815.

¹⁵ *Vid.*, al respecto, de una parte, Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*,

la configuración del injusto al elemento subjetivo, ni siquiera concibiéndolo como dirigido directamente al elemento objetivo. Ese primado corresponde al elemento objetivo, pues los fines del derecho penal y la concepción hegemónica en la dogmática penal evidencian que se puede y debe configurar inicial y autónomamente el injusto, también el penal, objetivamente. Sólo después, conforme a fines también, se añade el elemento subjetivo, por cierto que muy relativizado en los últimos tiempos, hasta el punto de que autores, como el propio JAKOBS¹⁶, ya empiezan a hablar de prescindir del elemento subjetivo, conformándose con la idea de evitabilidad, rechazando expresamente la perspectiva del autor.

En efecto, una de las tesis predilectas de JAKOBS para ilustrar su concepción funcionalista del injusto pretende ser también la prueba contundente para quitar toda relevancia a los conocimientos especiales del autor. Dice JAKOBS al respecto: El peón que ha preparado mal la mezcla, siguiendo instrucciones erróneas del maestro de obra, a pesar de saberlo por sus estudios invernales de ingeniería, no es autor del daño ocasionado al constructor, pues lo relevante no son los conocimientos sino la competencia, y la competencia no era del peón sino del maestro de obra. Se puede, pues, disponer de conocimientos especiales decisivos, y, pese a ello, no realizar el tipo delictivo¹⁷.

Dejando de momento aparcado el arduo problema del caso, por emplear la terminología de JAKOBS, del agente que tiene los conocimientos relevantes para la evitación de la lesión del bien jurídico pero carece de la competencia organizativa para ello, la pregunta ahora es más bien esta otra: ¿Qué relevancia tienen, si es que tienen alguna, los conocimientos (y no conocimientos) generales y especiales del agente que sí es competente? Esta es la pregunta que KAUFMANN y STRUENSEE se formulaban, para responder que esos conocimientos (o desconocimientos) son decisivos, porque si el autor a pesar de darse objetivamente la situación que obliga a actuar de una determinada manera la desconocía, da lugar a una profunda alteración del título de imputación, como evidencia el error sobre el tipo en los delitos dolosos.

Cabe pues introducir en el tipo objetivo criterios de imputación objetiva que permitan recortar la tipicidad, sobre todo, aunque no sólo allí, en el delito imprudente. Cabe, incluso, hacerlo de forma autónoma, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y prescindiendo de la perspectiva del autor. Pero lo que no cabe negar, de ahí, y sólo en ese aspecto, es que el elemento subjetivo, según que haya sido uno u otro, será determinante de que lo que al autor se le impute sea el tipo objetivo que se representó el autor, y no el que no se representó, pese a darse sus circunstancias objetivas configurantes, precisamente porque el autor no se las representó.

La cuestión es que algunos autores, como veremos a continuación, consideran que los conocimientos especiales del autor no pertenecen al tipo subjetivo, sino al tipo

1992, 88 s., y de otra, Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, 2ª ed., 1996, 75 s., 138, como muestra de la enorme confusión reinante en esta materia, relevancia de los conocimientos especiales, entre los defensores de la imputación objetiva.

¹⁶ *Vid.*, al respecto, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 55 ss.

¹⁷ JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, 98 s.

objetivo, con lo cual se seguiría pudiendo prescindir del elemento subjetivo en la configuración del injusto penal, que es, más allá de la consagración de la doctrina de la imputación objetiva, la idea fija de los detractores de la doctrina del injusto personal.

Y lo que desde luego está claro es la repuesta de JAKOBS a la pregunta sobre la relevancia de los conocimientos especiales del agente que sí es competente: En el tipo, a construir con criterios exclusivos de imputación objetiva, ninguna; relegados al tipo subjetivo o culpabilidad, quizá puedan modular la responsabilidad. Adviértanse, pues dos cosas: 1°. Que JAKOBS logra definir objetivamente el injusto. 2. Que relega pero no prescinde (a veces, incluso, acude a ellos) de los conocimientos subjetivos. Con lo que la cuestión sigue en pie: ¿Es esa la mejor manera de ubicar los elementos objetivos y subjetivos? Después veremos que no; pero antes hemos de ver el segundo modelo.

IV. Comportamiento típico e imputación objetiva: Frisch

El segundo modelo normativista que anunciamos abordar es el de FRISCH cuyo interés no estriba en fundamentar el injusto en criterios de imputación objetiva, como JAKOBS, pues no prescinde de los conocimientos subjetivos del autor; lo único que ocurre es que pretende objetivarlos aunque, al igual que JAKOBS, no lo consigue.

En efecto, uno de los desarrollos críticos más elaborados posteriores a la eclosión de la doctrina de la imputación objetiva, que en parte acepta lo que esa teoría ha representado de cara a acotar normativamente la tipicidad, pero en parte también quiere reubicar determinadas cuestiones que la doctrina dominante sitúa en la imputación objetiva en un ámbito previo y de camino restablecer la dicotomía disvalor-acción disvalor-resultado, es el llevado a cabo por Wolfgang FRISCH¹⁸. Según FRISCH, para no restringir excesivamente la libertad, el derecho penal no puede prohibir la más remota puesta en peligro de bienes jurídicos, como evidencia la existencia de múltiples regulaciones jurídicas que permiten asumir riesgos en los más diversos ámbitos, y que, por tanto, nunca fundamentarían una hipotética responsabilidad penal si no se evitaron. Sólo determinados riesgos graves acotados formal o informalmente conforme a los principios del derecho penal y conforme al propio derecho constitucional, que, p. ej., autoriza a la presunta víctima a asumir riesgos que no deben cargarse en la cuenta del autor si se materializan, son los que trata de prevenir el derecho penal¹⁹.

Sólo la creación de determinados riesgos es lo contemplado por los tipos penales. No se trata de acotar con criterios de imputación objetiva los riesgos relevantes dentro de la tipicidad siempre que, además, se hayan concretado en el resultado; sino que se trata, más bien, de no considerar ni siquiera típico (que por lo tanto no da lugar ni a tentativa)²⁰ el comportamiento que no crea un riesgo relevante, con lo que se vacía de contenido el criterio generalmente asumido del “ámbito de protección de la norma” y

¹⁸ *Comportamiento típico e imputación del resultado* (trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2004.

¹⁹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 84 ss.

²⁰ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 61.

su correlato de la “concreción de ese riesgo en resultado”²¹. Criterios, pues, considerados por la doctrina dominante de imputación objetiva del resultado no son tales, sino que, ya antes, se trata de delimitar cuál es el comportamiento típico, esto es, uno que crea un peligro relevante. El comportamiento típico, consistente en la creación de un peligro relevante, objetivo y *ex ante*, constituye el disvalor-acción.

El criterio de decisión sobre el peligro relevante es uno objetivo, incluso cuando se tienen en cuenta los conocimientos especiales del autor, que FRISCH reconoce, a diferencia de otros defensores de la doctrina de la imputación objetiva, ya que en definitiva no se trata de erigir a la tentativa inidónea como fundamento del injusto, sino a la idónea para lesionar el bien jurídico, que cuando se produce incrementa el injusto (disvalor-resultado)²². Además, una concepción del injusto de corte subjetivista no podría tener en cuenta que muchas veces el disvalor-acción no se sustenta sobre las representaciones del autor sino, p. ej., sobre el incumplimiento de deberes en situaciones inciertas²³.

De los pocos temas que quedan en el ámbito de lo que la doctrina dominante considera la imputación objetiva se encuentra, al parecer de FRISCH, el importante problema del desvío, que sí es una cuestión acerca de si al comportamiento típico, doloso o imprudente, ya constatado, cabe imputarle el concreto resultado producido, por corresponderse con los que *ex ante* sólo era una representación. Puesto que la coincidencia entre lo que el autor se anticipó mentalmente y lo ocurrido después no puede ser nunca exacta, hay que conformarse con que ambos resultados y la forma de su producción (naturalística) coincidan a la luz de “los perfiles normativamente determinantes de la decisión”²⁴.

Si damos por válidos todos los intentos de recortar con criterios normativos el ámbito de los tipos (objetivos) de delito, sea en nombre de la doctrina de la imputación objetiva, en nombre de la peligrosidad de la acción o, simplemente, en nombre de la interpretación restrictiva de los tipos penales, aspecto en el que reina la unanimidad -destacando especialmente que la aportación de FRISCH en este sentido ha sido monumental²⁵- , podemos concentrarnos en la cuestión dogmática puntual que supone la pretensión de FRISCH: ¿Representa realmente su concepción del comportamiento típico algo distinto al excesivo objetivismo de la doctrina mayoritaria de la imputación objetiva, ya que recuperaría su papel en el injusto el disvalor-acción, muy reducido desde que la doctrina de la imputación objetiva ha irrumpido en el panorama dogmático, sin por otro lado asignar papel alguno al elemento subjetivo en el que insiste el finalismo?

En este sentido, las réplicas al planteamiento de FRISCH no se hicieron esperar, y provinieron tanto desde autores incardinados en la doctrina de la imputación objetiva como de autores finalistas. ROXIN, sin ir más lejos, replica a FRISCH, en lo que se

²¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 82.

²² FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 57, 619 s.

²³ FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, 83 s.

²⁴ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 623.

²⁵ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 106 ss..

refiere a su pretensión de considerar que sólo la acción peligrosa realizaría el tipo delictivo, no haciendo necesaria la doctrina de la imputación objetiva como criterio ulterior para recortar la tipicidad en muchos casos, afirmando que ese proyecto es inviable porque el efectivo peligro de la acción o su ausencia sólo es constatable *ex post*; de ahí que la doctrina de la imputación objetiva sólo pueda recortar la imputación del resultado, pero no acotar la acción (típica)²⁶. En términos semejantes, Heribert SCHUMANN, siguiendo a STRUENSEE, objetó a FRISCH que lo relevante es si el peligro que el autor ha desencadenado habiéndoselo representado es el que desembocó en el resultado o no, lo que sólo puede saberse *ex post*²⁷.

Si, por tanto, nos situamos en la perspectiva *ex ante*, lo que sin duda es la pretensión de FRISCH, en su afán de recuperar el significado del disvalor-acción, y reconocemos la validez de los profundos recortes a la tipicidad que suponen los criterios tan minuciosos que propone, sólo queda la cuestión de determinar la naturaleza de tales recortes, aspecto éste en el que la pretensión de FRISCH deja mucho que desear. En efecto, cuando FRISCH dice recortar con sus criterios objetivos el disvalor-acción, ya que logra convertir muchos supuestos de imputación objetiva en supuestos de ausencia de acción típica, ¿qué entiende por acción típica?, ¿lo que antecede a la creación de un estado, el estado creado o ambas cosas?

Responder a esta pregunta puede aclarar el auténtico significado de la pretensión de FRISCH, incluso el fracaso que representa de intentar alcanzar una posición intermedia entre el injusto personal y la imputación objetiva²⁸.

La mejor manera de responder a la pregunta acerca de cómo concibe FRISCH el disvalor-acción, y de camino abordar otra de las peculiaridades mediadoras de su planteamiento como es la de la relevancia de los conocimientos especiales del autor, es analizar la explicación que da al hecho de que los conocimientos especiales del autor son parte del tipo objetivo, y no del tipo subjetivo, como pretenden los finalistas, que han hecho valer estos conocimientos frente a la doctrina de la imputación objetiva²⁹.

Esta consideración es crucial para desenredar la enorme confusión que media en el debate actual en torno a la componente objetiva y/o subjetiva del injusto. La respuesta, vale la pena anticiparla, sería: lo conocido como conocimiento especial ciertamente forma parte del tipo objetivo a que da acceso ese conocimiento por parte del autor; ahora bien, el acto de conocimiento, de los elementos de un hipotético tipo más genérico u otro más específico, es un acto de naturaleza psicológica, y, por lo tanto, subjetiva. Y, puesto que lo psicológico repugna al normativismo, se pone énfasis, siempre, en el objeto del conocimiento, abstracción hecha del acto de conocer.

Que es posible proceder así, lo evidencia la exposición de FRISCH, que no se resiente de las críticas que se le pueden hacer desde el finalismo y desde la imputación objetiva. Es más; el propio JAKOBS no sólo construye toda la imputación penal sobre

²⁶ Vid. Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, 3ª ed., 1997, 313.

²⁷ SCHUMANN, «Zur Wiederbelebung des “voluntativen” Vorsatzelements durch den BGH –Zugleich Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 15. 11. 1987, 3 StR 449/87», *Juristenzeitung*, 1989, 427 ss.

²⁸ Vid. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, 105 s.

²⁹ Vid. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, 81 s.

criterios objetivos, oponiéndose incluso a que se tenga para nada en cuenta la perspectiva del autor, y a mayor abundamiento el elemento subjetivo. Ciertamente, se puede construir así un sistema de derecho penal, sobre cuya base, después, una vez establecida la imputación subjetiva conforme al criterio de la evitabilidad, se procedería a modular la responsabilidad, como un criterio más, a título de las diversas modalidades de dolo y de imprudencia, incluido el salto del primero a la segunda, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las representaciones subjetivas del autor³⁰. Al final, la cuestión quizá se reduce a dilucidar la conveniencia y ventajas de analizar primero el tipo objetivo o ya desde el comienzo merece la pena introducir en la consideración el tipo subjetivo, sobre todo si con ello se va más directamente a la cuestión última de la aplicación o no al caso del derecho penal.

V. Imputación objetiva y subjetiva como magnitudes inescindibles: toma de posición

La función genuina del derecho penal, de proteger los bienes jurídicos frente a peligros muy elevados de lesión, la cumple el legislador describiendo y prohibiendo comportamientos por experiencia general muy adecuados para la creación del peligro que se quiere atajar. Ello es así porque *ex ante* el peligro, no constatado aún dado que se trata de un resultado (estado), sólo aparece como el motivo que lleva al legislador a prohibir un comportamiento apto para producir ese efecto; sólo *ex post* podrá comprobarse que efectivamente el peligro que quería atajarse *ex ante* no se atajó (debido a que se actuó de la manera prohibida), por lo que se produjo el resultado o lesión del bien jurídico, que podrá imputarse con criterios de imputación objetiva. Luego, por tanto, *ex ante*, el llamado disvalor-acción estará constituido *siempre* por un comportamiento que incluye las circunstancias tenidas por peligrosas por el legislador y la representación por parte del autor de esas circunstancias³¹. Y, por mucho que se acote la materia de prohibición con criterios normativos, lo acotado siempre, en los delitos dolosos de resultado, es un curso causal y una representación subjetiva de éste de índole naturalística.

La acción consciente que desarrolla el nexo causal que el legislador no quiere que tenga lugar por su peligrosidad, menor: entonces imprudencia, o mayor: entonces dolo, es la acción final, intencional en algún sentido, que el finalismo postula como presupuesto mínimo de toda imputación a título de delito comisivo. De ahí el subjetivismo que se le achaca al finalismo desde la doctrina dominante de la imputación objetiva. La cuestión ahora es: Si reducimos el presupuesto ontológico finalista al mínimo, de manera que ni siquiera identificamos a la intencionalidad con el dolo, limitando prácticamente la intencionalidad a acción con conciencia de algo sin que ese algo sea lo imputado, sino sólo su presupuesto ontológico, en tanto que el dolo, el contenido del dolo, puede seguir siendo normativizado como arrojan diversas investigaciones recien-

³⁰ Vid., al respecto, CUELLO CONTRERAS, «Aspectos sustantivos y procesales del dolo».

³¹ Vid., al respecto, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, Parte general*, 3ª ed., 2002, 502 s.

tes de corte normativista³², si operamos esta reducción, quizá la respuesta a estas dos preguntas puede arrojar nuevos cauces de reflexión en la ciencia penal: *¿Se puede objetivar y normativizar el tipo subjetivo del delito tal como se ha objetivado y normativizado el objetivo, prescindiendo de toda consideración psicologista?* Y, suponiendo que la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, *¿necesitamos para algo, o, cuanto menos, puede ser de ayuda en la aplicación del derecho penal, tener en cuenta el acto (psicológico) de conocer y querer algo cuando se actúa?*

VI. Posibilidades y límites de la normativización del derecho penal

Anticipando la tesis a defender aquí como respuesta a las preguntas acabadas de formular enfáticamente: Se puede objetivar y normativizar el elemento subjetivo del delito, como se ha hecho con el objetivo, prescindiendo de toda consideración psicologista, como corroboran los sistemas de JAKOBS y FRISCH. *Pero, para concretar la imputación de lo objetiva y normativamente establecido es de ayuda capital el acto psicológico de conocer y querer algo cuando se actúa.*

a. Ya lo hemos visto al exponer el pensamiento de JAKOBS y FRISCH. El capítulo más impregnado de naturalismo de la fase anterior a la actual, de normativización del derecho penal, el del dolo y su distinción de la imprudencia, donde datos psíquicos, como los de conocimiento subjetivo y voluntad se utilizaban para proceder a la definición del dolo y diferenciarlo de la imprudencia, se puede y debe normativizar también, al objeto de hacer depender la imputación penal de criterios derivados únicamente del ordenamiento jurídico, y no de la realidad previa, dado que ésta puede dificultar los fines que persigue toda regulación jurídica, situados más allá del individuo, que importa poco, y que no son otros que aquellos de los que depende el funcionamiento del sistema social.

Situados en la perspectiva exclusiva del daño social efectivamente debe dársele la razón a JAKOBS, cuando sostiene que tanto daño acarrea la muerte dolosa como la imprudente, la producida de forma consciente como la producida de forma inconsciente. Lo importante es que en ambos casos se ha omitido el deber de control del propio comportamiento como fuente de peligros; la responsabilidad es por la esfera de dominio propio, no por el hacer consciente. Relegado lo subjetivo a un momento posterior y separado del de la imputación objetiva, la importante a los fines del derecho penal, no habrá inconveniente en tener en cuenta el elemento subjetivo del delito todo lo más como un criterio entre otros de determinación del cuánto de responsabilidad en atención al fin preventivo, desde el que quizá, aunque no siempre, pues otras veces habrá más interés en prevenir comportamientos imprudentes, por sus repercusiones imprevistas (al fin y al cabo el asesino sólo se asegura de matar a la víctima mientras que el autor negligentemente puede causar numerosas muertes), habrá un interés superior en prevenir la muerte dolosa frente a la imprudente.

Situados en la perspectiva del destinatario de la norma, lo que ciertamente acota la

³² Vid., sobre todo esto, CUELLO CONTRERAS, «Aspectos sustantivos y procesales del dolo».

consideración sobre el ordenamiento jurídico, se puede todavía reducir la consideración de la imputación al objeto de la representación y voluntad del sujeto, prescindiendo de los aspectos psicológicos del acto en cuyo contexto ese objeto de representación y voluntad interesa en derecho penal, preservándose por esta vía, como pretende FRISCH, la normativización del derecho penal, prescindiendo de toda consideración naturalística de los hechos implicados; con el valor añadido, en el caso de FRISCH, de la recuperación incluso de los conocimientos subjetivos que modulen la imputación, sin peaje alguno al psicologismo naturalístico.

b. Si se puede normativizar el dolo, la imputación penal a título de dolo, es lógico que pueda hacerse lo propio con otras categorías dogmáticas tan apegadas tradicionalmente a su concepto como la participación y la tentativa.

Se puede sustituir, como ha hecho JAKOBS, el concepto tradicional de dominio del hecho, según el cual autor es quien domina el hecho y quien no mero partícipe, por el puramente normativo de deber de evitar el resultado, según el cual, mientras que cabe dominio del hecho sin autoría, por no encontrarse el sujeto bajo el deber de evitar, cabe la autoría sin el dominio del hecho. Todos los delitos son delitos de infracción de deber, de manera que el dominio del hecho sólo resuelve ya el problema residual de la delimitación, cuantitativa, entre la coautoría y la complicidad. Normativizándose, así, toda la temática de la participación.

Cabe definir de manera puramente objetiva la aportación del partícipe, como ha hecho FRISCH³³, en línea con su definición, también objetiva, de los únicos comportamientos que pueden fundamentar una responsabilidad penal (con exclusión de los restantes), y por tanto autoría, de donde extraer la conclusión de que acciones neutras, caracterizadas por el hecho de que fuera del contexto de la comisión de un crimen son toleradas por el ordenamiento jurídico, como vender un cuchillo, trasladar en taxi a alguien a un lugar, etc., no pueden fundamentar una responsabilidad por participación.

Cabe normativizar el concepto quizá más impregnado de psicologismo, por ausencia de datos objetivos estabilizados, en derecho penal, como es el de tentativa, equiparando, como hace JAKOBS, delito consumado y delito intentado como expresión manifestada exteriormente de la infidelidad al derecho, pudiéndose trazar también objetivamente la distinción entre la tentativa y el delito putativo, lo que hace que p. ej. la tentativa burdamente supersticiosa carezca de relevancia en un contexto comunicativo: nadie normal ve condicionado sus planes con actos tan incapaces de influir en la convivencia³⁴.

c. Y si, finalmente, se pueden normativizar conceptos dogmáticos tan impregnados de psicologismo como el dolo y sus derivados, la participación y la tentativa, con mayor razón cabrá encontrar un concepto unitario de cuño netamente normativista para las categorías nucleares del derecho penal, de acción y omisión, que precisamente

³³ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 249 ss.

³⁴ Vid. JAKOBS, *Representación del autor e imputación objetiva* (trad. Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ), en: Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* (trad. y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS y otros), 1997, 222 ss., 229 ss..

nunca alcanzaron una unidad en la fase naturalística por la imposibilidad de encontrar un concepto naturalístico unitario; dificultad proveniente justamente de la ausencia en la omisión de elemento naturalístico alguno.

Basta configurar el injusto, partiendo, no del comportamiento, acción u omisión, sino del ámbito de responsabilidad propia del que cada uno ha de cuidar para que no surjan peligros respecto a terceros, para que la acción y la omisión tradicionales se conviertan en actos plenamente intercambiables. Como dice JAKOBS, que el dueño del perro lo azuce para que muerda a un tercero o no lo llame cuando se dispone a morderlo, es irrelevante; lo relevante es el deber de evitar mordeduras del perro.

Se puede ciertamente normativizar el derecho penal. Inicialmente es posible hacerlo, y probablemente también conveniente. De ahí el éxito de los esfuerzos que recientemente se están haciendo, de los que hemos elegido en este estudio sólo dos, aunque muy representativos, los de JAKOBS y FRISCH. Basta pensar en la cantidad de supuestos que cabe excluir de la imputación penal por tratarse de riesgos contemplados como objeto de regulación pre-jurídico-penal cuyo cumplimiento los autoriza, y que ha sido objeto de estudio exhaustivo en la monografía de FRISCH, para darse cuenta de la importancia que tiene la acotación normativa, desde el ordenamiento jurídico, de la imputación penal. Como cabe decir lo propio del concepto de JAKOBS, de responsabilidad por el rol. Esto es evidente. Pero no debe olvidarse, al mismo tiempo, que nunca fue ésa la cuestión implicada por el naturalismo en derecho penal, como lo evidencia el hecho de que en esa época se acuñaran conceptos, como los de adecuación social, riesgo permitido, reducción teleológica, etc., auténticos anticipos de lo que después ha dado lugar a la normativización. La cuestión era y es la de si la normativización deseable del derecho penal es incompatible o no y, caso de no ser incompatible, puede prescindir de determinadas propiedades del comportamiento humano tildadas por los normativistas de naturalísticas y, por tanto, inservibles para fines normativos. Y es esto lo que precisamente los casos de reducción normativa acabados de aludir no pueden ocultar: *A la hora de concretar normativamente los casos que fundamentan la imputación, el primero, aunque no único ni exclusivo, criterio de imputación, lo es el elemento subjetivo.*

En efecto. Cabe admitir, con JAKOBS, que criterio decisivo de la imputación en el derecho penal de la culpabilidad lo sea el de la evitabilidad, común al delito doloso y la imprudencia. Ahora bien, todo juez que deba resolver un caso penal, y haya de concretar cuándo ha habido evitabilidad, y cómo ha de graduarse la mayor o menor evitabilidad, no va a encontrar mejor criterio que el acuñado por la doctrina a lo largo de los años para distinguir entre el dolo directo de primer grado y la imprudencia inconsciente, pasando por el dolo directo de segundo grado, el dolo eventual y la imprudencia consciente, además de otras categorías intermedias elaboradas por la doctrina. Más aún. Si cabe pensar algún supuesto claro de evitabilidad, ese es el de la intencionalidad. El caso más claro de imputación penal, esto es obvio, es el de la intencionalidad. Y de ahí, para abajo, los restantes casos en los que la representación y voluntad del comportamiento típico objetivo fue paulatinamente menos nítida.

Basta pensar en los criterios de concreción de la pena en los casos de tentativa,

cuando el art. 62 alude expresamente al “peligro inherente al intento” y al “grado de ejecución alcanzado”, para darse cuenta del papel decisivo que el plan del autor juega en la imputación y grado de responsabilidad por tentativa, sin que, por otra parte, pueda trazarse objetivamente la diferencia existente entre el comienzo de la ejecución, su final y las numerosas fases intermedias³⁵, que sólo tienen en común, como dice JAKOBS, la rebelión manifestada.

Lo insuperable del elemento subjetivo, entendido en términos estrictamente psicológico es tan clara, que ni JAKOBS puede prescindir de él a la hora de distinguir entre coautoría y complicidad, autoría mediata e inducción, por el hecho obvio, aunque no reconocido, de que la responsabilidad por participación, accesoriedad de la participación, incluye la representación psicológica de que hay un sujeto, autor, que, a su vez, actúa con el elemento subjetivo de la autoría, lo que impide equiparar la intervención de una persona con un objeto inanimado, que sería necesario para poder objetivar³⁶; ni FRISCH puede prescindir del elemento subjetivo, que es decisivo a la hora de convertir la acción neutra en participación cuando el sujeto sabe, relación psicológica, que su aportación neutra será utilizada directamente (de nuevo el elemento subjetivo de la autoría) para cometer un delito³⁷.

El mismo FRISCH no tiene otra forma de dilucidar el problema del desvío que acudiendo al denostado elemento subjetivo. En efecto, cuando se concentra en el único problema de su magna obra que considera es un problema de imputación objetiva importante, el que arrojan los casos de desvío, sostiene FRISCH que la dilucidación entre los casos de desvío relevante, que impiden la imputación original, y los casos de desvío irrelevante, es, decir, que pese a existir no impiden la imputación original, acude a un criterio que revela cómo la pretensión de FRISCH, de resolver en el tipo objetivo el problema, incluyendo, eso sí, los conocimientos subjetivos, pasa necesariamente por comparar las representaciones subjetivas del autor sobre el resultado y la forma de producirlo con el resultado producido y la forma de su producción desde una consideración naturalística, para ver si coinciden en unos términos razonables con lo que normativamente se establece; luego, no se puede prescindir aquí de las representaciones psicológicas, pues de otra forma no se podría contrastar lo objetivamente acaecido con lo subjetivo a través de lo normativamente establecido, que es la forma correcta de resolver el arduo problema del desvío.

Detrás de lo imprescindible del denostado elemento subjetivo está la cuestión de la culpabilidad en derecho penal, pues a la postre, para imputar algo a un sujeto a título de culpabilidad, es necesario configurar ese acontecer como el producto de su acción, ya que como dijo bien claro el gran filósofo y jurista HART, sólo a través de la acción

³⁵ Vid., al respecto, CUELLO CONTRERAS, «Iter criminis», en: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir* (ed. José Luis DíEZ RIPOLLÉS y otros), 2002, 617 ss., 625 s.

³⁶ De ahí las peculiaridades de la intervención de una persona en los casos de prohibición de regreso, peculiaridades que residen, obviamente, en la componente subjetiva.

³⁷ Vid. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 309 ss.

imputamos responsabilidad, que, por supuesto, se puede después excusar³⁸. Sólo actuando se puede ejercer la libertad. De quien no actúa no puede decirse que sea libre, por más que se lo confiese internamente. Qué sea una acción, en el sentido que puede interesar al derecho penal, implica en principio desarrollar un curso causal (elemento objetivo) conscientemente (elemento subjetivo). En este sentido hablamos de acción final como sustrato de toda imputación penal. Lo cual a su vez no prejuzga ninguna decisión axiológica posterior aunque sí ayudará a esclarecer precisamente soluciones dogmáticas actuales verdaderamente atormentadas a las que se están llegando precisamente por querer prescindir del elemento subjetivo.

VII. Algunas consecuencias para un sistema de derecho penal lógico-conceptual. Especial consideración de la simplificación que supone del proceso de aplicación de la norma

Nada más adecuado que uno de los casos aludido en el epígrafe anterior para mostrar cómo la imputación penal no puede prescindir del elemento subjetivo, el de la delimitación entre autoría y participación, para evidenciar, a su vez, la enorme simplificación de la aplicación del derecho penal que supone *considerar desde el primer momento al elemento subjetivo junto al elemento objetivo*. Basta pensar en el atormentado recorrido descrito por FRISCH para acotar qué aportaciones son de complicidad³⁹: la acción neutra de indicar al dueño del coche dónde lo dejó se convierte en complicidad en el asesinato si el autor había visto antes cómo unos terroristas colocaban en el coche una bomba-lapa, porque actuar así implica el incumplimiento del deber de socorro, para darse cuenta de que la constancia de los conocimientos del sujeto, de que alguien va a cometer un delito, al que se aporta algo, es la forma más idónea de abordar el problema de la participación. No hay acciones objetivas de participación en delitos principales acuñados objetivamente. Sólo hay *acciones dolosas de participación en acciones dolosas*; como quiera que se defina la dolosidad, siempre conforme a los conocimientos subjetivos del autor y del partícipe.

VIII. El principio de analogía con la acción como base de un sistema lógico-funcional

Construir el delito como acción, en contraposición sólo dialéctica a construirlo como imputación objetiva, supone concebir teóricamente, en el centro de la teoría del delito, un tipo de acción, respecto al que comprobar cómo los distintos supuestos de hecho en los que se cuestiona la aplicabilidad del derecho penal, cumplen con las características de la acción descrita típicamente.

³⁸ Vid. H. L. A. HART, «The Ascription of Responsibility and Right», en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948/49, 171 ss.

³⁹ Vid. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 328 ss.

Entre esas características se encuentra siempre la de realización consciente de un acto en sentido naturalístico, aportada por el finalismo como presupuesto ontológico. Sin ese acto no cabe imputación alguna en los delitos de comisión. Ahora bien, ello no quiere decir que la finalidad coincida con el dolo ni que esté ausente en la imprudencia. Lo que ocurre en ambos casos es que, sobre la base de un acto consciente y causante de un resultado en los delitos comisivos de resultado, la imputación del resultado a título de dolo o imprudencia se realiza con criterios normativos, produciéndose aquí lo que algunos llaman ya normativización del dolo y su distinción de la imprudencia⁴⁰. Esto, que se puede compartir, no quiere decir que se pueda prescindir del elemento subjetivo del delito, ni en el delito doloso ni en el imprudente, sino que antes bien estando presente el elemento subjetivo en ambos, elemento subjetivo constituido por la representación y voluntad de circunstancias concomitantes a la acción desarrollada que supone un peligro mayor o menor de producción del resultado, será con criterio normativo como se decida por el juez la imputación a título de mayor o menor gravedad, mayor o menor peligrosidad de la acción para el bien jurídico, en forma de delito doloso o imprudente.

Por eso, puede concebirse el tipo simple de delito comisivo de resultado a través de un tipo ideal que contempla la forma más clara y directa de dirigir la acción a la producción del resultado como criterio de referencia respecto al que los restantes casos de imputación a título de dolo e imprudencia, con las modulaciones expresas y tácitas que establezca el legislador, se construirán *por analogía*, cada vez menor y hacia abajo, con aquel modelo ideal.

A mayor abundamiento, el tipo de acción crea un decisivo, que no exclusivo, fundamento de la imputación en los delitos de omisión. En efecto, cuando el art. 11 CP establece que en los delitos de resultado su no evitación sólo se imputará cuando equivalga a la comisión, lo que está haciendo es *utilizar el modelo del tipo de acción que nos esmeramos en construir como criterio heurístico para la imputación a título de omisión*. De esta manera, p. ej., de la misma forma que el caso más claro de delito de comisión lo era el de quien dirige la acción intencionalmente a producir el resultado, el caso más claro de imputación a título de omisión vendrá dado por aquel en el que el autor controla una fuente de peligro tan al detalle o debe proteger a una víctima tan indefensa, que puede hablarse de dominio de la causalidad, con la única diferencia de que mientras en el delito de comisión el autor desencadena la causalidad, en el de omisión no impide que se desencadene, o desencadenada, no la interrumpe inmediatamente. Y, al igual que en el delito de comisión, también en el de omisión pueden construirse por analogía los casos menos graves que todavía fundamentan la imputación a título de omisión (incluida la omisión imprudente, enriquecida con los dogmas de la acción y la imprudencia)⁴¹.

⁴⁰ Vid., al respecto, CUELLO CONTRERAS, «Aspectos sustantivos y procesales del dolo».

⁴¹ Vid., al respecto, CUELLO CONTRERAS, «Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse», de próxima aparición en Revista de Derecho penal y Criminología.

IX. Conclusión

La realidad prejurídica a regular no impone ninguna condición al legislador, careciendo del más mínimo valor normativo. Del ser no cabe extraer deber ser alguno. En la medida en que el *finalismo*, en el momento de su eclosión, y después, ha podido sostener otra cosa, o realizar formulaciones que pudieran suscitar esta idea, se explican las críticas que ha recibido.

El problema, después, ha estado en que la hegemonía de lo ontológico patrocinada por el *finalismo*, se ha pretendido combatir y se está combatiendo con un planteamiento puramente normativo, hostil a toda consideración que tenga en cuenta las características del comportamiento humano, negando que puedan ser de utilidad de cara a decisiones normativas que se bastan con las valoraciones extraídas exclusivamente del ordenamiento jurídico.

Ahora, cuando se detecta el serio peligro de que las decisiones acerca de la imputación penal se tomen con criterios exclusivamente normativos ajenos a lo que condiciona el comportamiento humano, de posibilidades limitadas, es más urgente que nunca volver a reintroducir en el sistema, normativista, elementos que tengan en cuenta esas limitaciones del comportamiento humano al que se dirigen las normas, al objeto de que las decisiones jurídicas, en última instancia normativas, no fuercen la realidad sobre la que se quiere influir.

Superado el prejuicio antiontologicista reinante en las concepciones normativas hegemónicas, empresa al parecer nada fácil, pueden encontrarse importantes criterios que ayudarán a concretar las valoraciones necesariamente abstractas del legislador. Basta pensar en lo etérea que puede ser una imputación por imprudencia basada en lo que el hombre pudo haber rendido, en comparación con una imputación por imprudencia basada en lo que hizo conscientemente (de sus peligros), para darse cuenta de lo mucho que puede rendir un modelo que no quiera ser ni puramente ontológico ni puramente normativo, sino *ontoteológico*, que enlace perspectivas complementarias que nunca debieron hostigarse.